

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux peer-to-peer en Belgique

Dusollier, Séverine; Colin, Caroline

Published in:

Le téléchargement d'oeuvres sur internet

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S & Colin, C 2012, Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux peer-to-peer en Belgique. Dans *Le téléchargement d'oeuvres sur internet*. Larcier , Bruxelles, p. 259-303.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

chapitre 5

Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en Belgique ⁽¹⁾

Caroline COLIN ⁽²⁾ et Séverine DUSOLLIER ⁽³⁾

La pratique des échanges illégaux d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux *peer-to-peer* est difficile à enrayer. Les internautes accèdent en masse à de la musique, des films ou d'autres contenus par des sites et logiciels d'échanges non autorisés, mettant en péril la rémunération légitime des titulaires de droits ainsi que le développement d'offres légales respectueuses des droits.

Étant donné l'ampleur et l'enjeu juridique du phénomène, plusieurs projets politiques, actuellement en cours de discussion en Belgique et ailleurs en Europe, se positionnent en tentant d'apporter des solutions juridiques au *peer-to-peer*. En Belgique, une proposition de loi a été rédigée par le groupe MR, d'abord par le sénateur Monfils, le 21 avril 2010, puis par le sénateur Miller, le 28 janvier 2011 ⁽⁴⁾, afin notamment d'instaurer

(1) Cet article a été rédigé à partir d'une étude réalisée par C. COLIN, sous la supervision de S. DUSOLLIER, pour le compte de la SACD/SCAM belge portant sur la faisabilité juridique d'un système de licence autorisant les échanges des œuvres audiovisuelles et multimédia sur les réseaux *peer-to-peer*. Le présent article ne reflète toutefois en aucun cas la position de la SACD/SCAM sur la question.

(2) Docteur en droit, chercheuse postdoctorale et responsable de l'unité « Propriété intellectuelle » du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur (F.U.N.D.P.).

(3) Directrice du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS) et professeure aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur (F.U.N.D.P.).

(4) Prop. de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, *Doc. parl., Sén.*, 2010-2011, n° 5-741/1.

une réponse graduée s'inspirant de la solution française dite Hadopi. Mais à la suite de l'audition des parties intéressées au Sénat le 11 mai 2011, le sénateur Miller a déposé un amendement visant à retirer ces dispositions, en tout cas en ce qui concerne leur volet répressif⁽⁵⁾. De leur côté, les groupes Écolo et Groen ! ont élaboré une autre proposition de loi, déposée une première fois le 2 mars 2010 par les sénateurs Hellings et Piryns, puis une seconde fois le 9 décembre 2010 par les sénateurs Morael et Piryns⁽⁶⁾, destinée à régulariser ces échanges dans le cadre d'une licence dite globale.

Une telle autorisation est régulièrement brandie comme une solution permettant à la fois de réguler un phénomène d'échanges d'œuvres difficile à enrayer, tout en rémunérant les auteurs et autres acteurs de la création artistique. Elle a été suggérée par une partie de la doctrine⁽⁷⁾, est défendue par des rassemblements d'artistes alliés aux consommateurs⁽⁸⁾ et parvient parfois à surgir dans le débat législatif, comme le démontre la proposition de loi défendue par les écologistes belges⁽⁹⁾.

(5) Prop. de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, Amend. déposé par R. MILLER et F. BELLOT, 24 mai 2011, *Doc. parl.*, Sén., 2010-2011, n° 5-741/2.

(6) Prop. de loi visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet, *Doc. parl.*, Sén., 2010-2011, n° 5-590/1.

(7) Parmi les propositions doctrinales les plus connues, voy. N.W. NETANEL, « Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing », *Harv. J.L. & Tech.*, 2003, vol. 17, 1, pp. 7-8 ; W. FISHER III, « Promises to Keep: Technology », *Law and the Future of Entertainment*, 2004, pp. 9 et s. ; J. LITMAN, « Sharing and Stealing », *Hastings Comm. & Ent. L.J.*, 2004, 1, vol. 27 ; L. LESSIG, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Vintage, 2001, pp. 254 et s. ; D. GERVAIS, « Use of Copyright Content on the Internet: Considerations on Excludability and Collective Licensing », in *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (M. GEIST ed.), 2005, pp. 517-549 ; A. PEUKERT, « A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment », *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 28, n° 1, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=801124> ; P. AIGRAIN, *Internet & Création : Comment reconnaître les échanges hors marché sur Internet en finançant et rémunérant la création*, Cergy-Pontoise, In Libro Veritas, 2008.

(8) Voy. noL en France l'Alliance Public-Artistes, http://alliance.bugweb.com/pages/1_1.html ; au Canada, la proposition de l'association des auteurs musicaux de la Songwriters Association of Canada, <http://www.songwriters.ca/proposalddetailed.aspx> ; ainsi qu'au Brésil, lors de la modification récente de la loi sur le droit d'auteur, la proposition du mouvement Compartilhamento Legal, <http://www.compartilhamentolegal.org>.

(9) Voy. égal. la proposition de licence globale pour les échanges *peer-to-peer* qui avait fait l'objet d'un amendement voté, mais rapidement retiré, lors de la transposition en droit français de la Dir. 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information en 2005.

L'ensemble de ces propositions, quelle qu'en soit la source, partage l'idée que les auteurs et autres ayants droit auraient plus à gagner d'une autorisation des échanges assortie d'une rémunération que d'une répression dont ils ne perçoivent généralement pas de réparation⁽¹⁰⁾. Leur mécanisme est également largement similaire dans la mesure où la compensation financière serait perçue sur le prix des abonnements à Internet et donc auprès des fournisseurs d'accès à Internet, considérés comme les fournisseurs du moyen de téléchargement le plus significatif, la bande passante. Les montants perçus seraient ensuite redistribués aux auteurs et titulaires de droits voisins concernés.

Outre des divergences dans leurs détails⁽¹¹⁾, les systèmes ainsi proposés diffèrent quant à la figure juridique appelée à légitimer les échanges, suivant les degrés successifs de dérogation au droit exclusif et individuel des auteurs : d'une part, les mécanismes se basant sur la gestion collective et imposant celle-ci aux auteurs, de la gestion collective obligatoire à la licence collective étendue ; d'autre part, les limitations aux droits des auteurs que sont l'exception et la licence non volontaire. Les propositions de légitimation des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* sont souvent regroupées sous le terme fédérateur de licence globale, qui n'a pas de contenu juridique propre, mais vise toute autorisation unique pour un répertoire large, sans devoir passer par une négociation individuelle avec l'ensemble des ayants droit concernés, ce qui serait une démarche irréaliste pour toute hypothèse d'utilisation massive d'œuvres et de prestations, comme l'est de toute évidence le partage de fichiers sur Internet.

Cet article vise à développer les différents modèles apparaissant derrière ces constructions de licence dite globale (section 1) et d'analyser leur conformité aux textes internationaux (section 2). Parce que ces dispositifs,

(10) C'est le cas de la procédure Hadopi, dont la particularité est de ne pas permettre la constitution de partie civile et la demande de dommages et intérêts des auteurs préjudiciés. En réalité, le bénéfice des titulaires de droit par rapport aux mécanismes de réponse graduée ne peut être qu'indirect et lié au retour des utilisateurs indécidés vers les plateformes de téléchargement légal.

(11) Par ex., la possibilité pour les utilisateurs de choisir ou non d'adhérer au mécanisme, les débiteurs de la rémunération (qui, dans certaines propositions, incluent les fabricants d'équipements), le taux de rémunération, le mode de détermination de celui-ci, la manière de déterminer la répartition des sommes perçues.

qu'il s'agisse de la licence non volontaire, de la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif ou de la licence collective étendue, impliquent de consacrer des restrictions à l'exclusivité des droits, principe fondamental du droit d'auteur⁽¹²⁾, leur mise en place requiert de satisfaire à des exigences précises notamment imposées par la convention de Berne. Une fois ce passage franchi, d'autres écueils, plus pratiques, attendent encore ces propositions de licence globale, difficultés pratiques que nous analyserons dans la dernière partie de cet article (section 3).

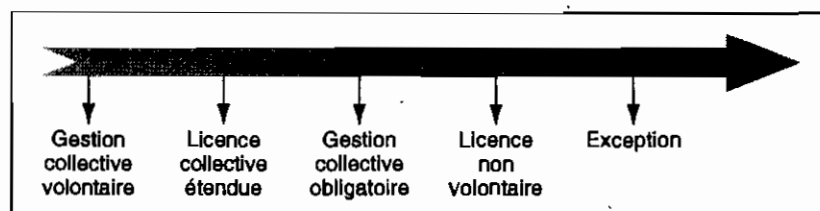
La voie de la légitimation des échanges *peer-to-peer* d'œuvres n'est donc pas toute tracée, mais doit surmonter de nombreux obstacles.

section 1

Les mécanismes légaux d'autorisation des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*

Autoriser les échanges d'œuvres entre internautes sur les réseaux *peer-to-peer* peut faire appel à différents mécanismes juridiques. Sur base de leurs droits exclusifs, les auteurs peuvent permettre aux internautes de tels actes de partage. Toutefois, en raison de la masse d'œuvres et d'ayants droit susceptibles d'être concernés par de tels échanges, l'autorisation sur base de l'exercice individuel des droits d'auteur et droits voisins est proprement irréaliste et peu pratique pour l'utilisateur. Il faut alors se tourner vers des mécanismes qui dérogent, d'une manière ou d'une autre, au caractère individuel exclusif des droits de l'auteur. Le plus attentatoire est l'exception ; le plus respectueux du droit exclusif est la licence collective étendue. Entre ces deux extrêmes viennent se placer la licence non volontaire et la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif.

(12) D'une part, l'auteur est le seul à pouvoir autoriser et/ou interdire les utilisations de ses œuvres ; d'autre part, il est libre de fixer les conditions de ces utilisations ainsi que leur rémunération. Le caractère exclusif lui confère en principe le pouvoir de gérer de manière individuelle ses droits, mais il peut également décider, volontairement, de confier la gestion de ses droits à une société de gestion collective.



Tous ces mécanismes peuvent répondre à la notion, non proprement juridique, de licence globale, puisqu'ils permettent à l'utilisateur d'obtenir une autorisation pour un répertoire complet, ce que ne permet pas *a priori* la négociation individuelle du droit ou même la gestion collective simple, qui ne peut s'étendre qu'aux artistes qu'elle représente. Des propositions concrètes de mise en place de ces dispositifs ont été faites pour s'appliquer aux échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Seule l'exception pure et simple qui autorise la reproduction et/ou la communication de l'œuvre, sans aucune compensation pour l'auteur, n'a jamais été proposée pour autoriser le partage d'œuvres en *peer-to-peer*. Cela est compréhensible dans la mesure où les auteurs seraient non seulement privés du contrôle de leurs œuvres dans ce contexte, mais ils ne percevraient aucune rémunération en contrepartie. Cette solution serait trop radicale et ne passerait certainement pas l'épreuve du test des trois étapes. En outre, la directive européenne 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information contient une liste exhaustive d'exceptions au droit d'auteur qui peuvent être consacrées par les législateurs des États membres. Sans surprise, le partage d'œuvres et prestations protégées sur les réseaux *peer-to-peer* n'en fait pas partie, ce qui pose un obstacle de taille à tout législateur qui voudrait en faire une exception au droit d'auteur.

Les modèles de la licence non volontaire (I.) de la gestion collective obligatoire (II.) ou de la licence collective étendue (III.) apparaissent en revanche dans les propositions de légitimation des échanges non commerciaux sur Internet, ce qui mérite une explication de chacune de ces figures et de leur rôle comme outil d'autorisation du *peer-to-peer*.

1. La licence non volontaire

L'appellation de licence non volontaire désigne deux mécanismes : la licence légale et la licence obligatoire. Le point commun entre ces deux dispositifs est de retirer à l'auteur un de ses modes d'exploitation des œuvres. La différence réside dans le mode de fixation de la rémunération due en contrepartie. Dans l'hypothèse de la licence légale, le législateur a donné au pouvoir exécutif la mission de fixer la rémunération, même si les parties intéressées sont consultées ; dans le cas d'une licence obligatoire, la rémunération doit être négociée entre les parties.

Il convient tout d'abord d'expliquer le fonctionnement du mécanisme de licence non volontaire (A.) avant d'exposer les propositions faites en ce sens pour autoriser les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* (B.).

A. Explication du mécanisme

Les licences non volontaires permettent au public d'utiliser les œuvres des auteurs en leur versant une contrepartie financière. Les auteurs, dans le contexte particulier des licences non volontaires, n'ont donc plus la possibilité de contrôler l'utilisation qui sera faite de leurs œuvres. Ils ont simplement le droit de percevoir une rémunération⁽¹³⁾. Le mécanisme de la licence non volontaire transforme le droit exclusif en droit à rémunération : le fait de priver l'auteur de tous ses droits sur un type d'exploitation donné retire à son droit tout caractère exclusif. La loi peut exiger que ces droits à rémunération soient gérés de façon collective par les sociétés de gestion compétentes qui se chargeront de collecter, puis de répartir entre les ayants droit les sommes perçues à ce titre. Dans un système de licence non volontaire, les titulaires de droits ne disposent pas de la possibilité de refuser l'utilisation des œuvres. Les sociétés de gestion collective ont un rôle qui se limite dans ce cas à la perception et à la répartition des sommes collectées entre les ayants droit.

(13) P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., coll. Mémentos, Paris, Dalloz, 2003, p. 68 : « une fois prise la décision de divulguer l'œuvre, l'auteur ne peut plus imposer sa volonté quant à l'étendue de la diffusion. Il peut seulement percevoir des revenus ».

La Belgique a adopté des mécanismes de licence non volontaire pour certaines utilisations des œuvres. À titre d'illustration, en droit d'auteur, le prêt public des livres fait l'objet d'une licence non volontaire. Il en est de même dans le domaine des droits voisins : l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer ni à la communication dans un lieu public, sous certaines conditions, ni à la radiodiffusion de leur prestation lorsqu'elle a été licitement reproduite ou radiodiffusée.

B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*

Un professeur américain, William Fisher, fut l'un des premiers à recommander la mise en place d'une licence non volontaire assortie d'une faculté d'*opt-out* pour les titulaires de droits⁽¹⁴⁾. Les œuvres seraient enregistrées auprès du Copyright Office pour que les auteurs puissent percevoir leurs rémunérations. Grâce à cet enregistrement, un fichier unique serait constitué permettant de tracer la diffusion des œuvres. Le gouvernement aurait pour mission de collecter les fonds nécessaires par le moyen d'une taxe prélevée sur les services utilisés par les utilisateurs pour accéder aux contenus en ligne. Ces sommes seraient ensuite réparties entre les titulaires de droits en fonction de la fréquence de l'utilisation de leurs œuvres. L'originalité du système – en ce qu'une licence légale n'a jamais proposé une telle option – réside dans la possibilité donnée aux auteurs de s'en extraire en exerçant l'*opt-out*. Les auteurs ont donc le loisir de décider s'ils souhaitent bénéficier de la licence légale pour l'utilisation de leurs œuvres dans le contexte visé et percevoir ainsi une rémunération, ou s'ils préfèrent gérer eux-mêmes les droits concernés en refusant la licence légale. Par défaut, le mécanisme de la licence légale s'applique. Les auteurs doivent donc faire des démarches pour retrouver leurs droits exclusifs.

Dans la même veine, Jessica Litman a développé un modèle qui se base sur un choix pour les titulaires de droit d'auteur entre une autorisation légale de l'échange de fichiers assortie d'une compensation financière

(14) W. FISHER, *Promises to keep : technology, law and the future of entertainment*, Chap. 6, « An alternative compensation system », Stanford, Stanford University Press, 2004, disponible sur [http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/PTKChap ter6.pdf](http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/PTKChap%20ter6.pdf).

ou l'exploitation des œuvres dans un format techniquement protégé qui empêcherait l'échange des œuvres⁽¹⁵⁾. Les œuvres diffusées dans ce format .drm ne seraient pas incluses dans la licence légale, mais resteraient exploitées de manière individuelle par les titulaires de droit. L'option par défaut resterait néanmoins la licence légale assortie d'une rémunération.

De son côté, un professeur allemand, Alexander Peukert⁽¹⁶⁾, suggère de consacrer une licence non volontaire pour le même type d'utilisation des œuvres, mais avec un *opt-in* plutôt qu'un *opt-out*. La logique est inversée par rapport au système de Fischer ou de Litman en ce que les auteurs devraient s'enregistrer pour bénéficier de la compensation offerte par le système de la licence légale. Les auteurs pourraient donc choisir librement de conserver et d'exercer leurs droits exclusifs en intégrant aux œuvres des identifications électroniques (ou *right management information*) ou de participer à la licence légale pour les échanges d'œuvres non commerciaux sur les réseaux *peer-to-peer*.

Dans ces trois modèles issus de la doctrine, les sommes rémunérant les auteurs ne proviendraient pas directement des utilisateurs eux-mêmes, mais des fournisseurs de produits et de services, qui profitent de la plus-value conférée par le partage des œuvres. Il s'agirait principalement des fournisseurs d'accès à Internet, mais certaines propositions y incluent les vendeurs d'équipements de reproduction⁽¹⁷⁾.

Par ailleurs, Philippe Aigrain⁽¹⁸⁾, un auteur français, propose un financement mutualisé de la création, redistribué sur la base des usages des œuvres. Toutes les œuvres seraient incluses dans le mécanisme dans un objectif de clarté et de sécurité juridique. La condition pour qu'elles entrent dans la sphère publique des échanges non commerciaux serait d'avoir été préalablement diffusées en numérique au public par leurs

(15) J. LITMAN, *Sharing and Stealing*, *op. cit.*

(16) A. PEUKERT, « A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment », in A. STROWEL (ed.), *Peer-to-Peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Edgar Elgar, 2009, pp. 148-195.

(17) C'est le cas pour Fisher (p. 280) ; Litman (p. 911) ou Netanel (p. 43).

(18) P. AIGRAIN, *Internet et Création, Comment reconnaître les échanges sur Internet en finançant la création*, *op. cit.*

titulaires de droits. Les internautes auraient le droit d'échanger ces œuvres à des fins non commerciales, voire même de produire des œuvres modifiées à partir de celles-ci. Les usages des œuvres – téléchargements, streaming... – seraient mesurés grâce à leur identification numérique préalable et sur la base d'un panel d'internautes volontaires qui accepteraient l'installation de *plug-in* sur les logiciels *peer-to-peer* pour recueillir des informations anonymes sur l'utilisation des œuvres. La rémunération, perçue auprès des fournisseurs d'accès Internet, serait versée aux ayants droit ayant adhéré aux sociétés de gestion collective ; les auteurs non membres, quant à eux, devraient faire la démarche de s'y inscrire s'ils souhaitent percevoir un paiement. Une part des sommes serait destinée aux producteurs et intermédiaires et à la création.

Les propositions de loi écologistes déposées en Belgique optent également pour la licence non volontaire. Les objectifs consistent à sécuriser juridiquement les échanges d'œuvres sur Internet, financer les créateurs de contenus (auteurs, producteurs, éditeurs et interprètes) et créer une procédure de négociation entre les sociétés de gestion collective et les fournisseurs d'accès à Internet. La particularité de cette proposition est que, si les rémunérations des auteurs et autres titulaires de droit sont perçues auprès des fournisseurs d'accès Internet, elles ne pourront pas être répercutées sur les factures de connexion Internet, jugées déjà trop élevées en Belgique. Pour garantir cette absence de surcoût pour les utilisateurs, la proposition de loi entend fixer légalement un prix maximum pour l'accès à Internet. Les rémunérations seraient en outre différentes selon le débit de la connexion. En cas de défaut d'accord sur les rémunérations, le Roi se verrait confier la charge de fixer les rémunérations. Le système préconisé est donc celui de la licence légale en ce que les rémunérations pourraient être décidées par le Roi et pas par les parties elles-mêmes. La proposition de loi suggère la création d'un Observatoire de l'Internet (mission supplémentaire pour l'Institut belge des services postaux et de télécommunications – IBPT), qui aurait pour mission d'établir une cartographie générale et anonyme de la réalité du téléchargement en Belgique sur la base d'enquêtes et de sondages. La clé de répartition des rémunérations des titulaires de droits serait ensuite décidée sur cette base.

II. La gestion collective obligatoire d'un droit exclusif

La gestion collective obligatoire d'un droit exclusif est certainement plus respectueuse du droit exclusif de l'auteur que ne le sont l'exception ou la licence non volontaire (A.). Des propositions ont déjà été faites en ce sens, notamment en France, pour régir les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* (B.).

A. Explication du dispositif

Le législateur, lorsqu'il choisit d'opter pour la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif, retire à l'auteur l'exercice individuel de son droit exclusif pour le confier à une société de gestion collective. L'auteur ne peut donc plus contrôler lui-même l'exploitation de ses œuvres dans le cadre fixé par le système, puisqu'un exercice collectif par une société de gestion lui a été imposé. Toutefois, et contrairement à la licence non volontaire, les sociétés de gestion conservent un pouvoir de négociation des conditions de licence avec les utilisateurs (conditions d'utilisation, tarifs et même refus de licencier), sous réserve des contraintes posées par le droit de la concurrence. Les sociétés de gestion ont ensuite la mission de collecter, puis de répartir entre les ayants droit les rémunérations perçues pour l'utilisation des œuvres concernées par le dispositif.

En Belgique, à l'instar de tous les États membres de l'Union européenne, le droit de retransmission par câble est géré obligatoirement de façon collective par les sociétés de gestion.

B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*

Le mécanisme de la gestion collective obligatoire de droits exclusifs a été avancé à plusieurs reprises pour légitimer les échanges d'œuvres à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer*⁽¹⁹⁾.

(19) Il est à noter que la gestion collective obligatoire a également été avancée comme un moyen de développer les offres légales d'œuvres sur Internet dans les débats relatifs au *peer-to-peer*. C'est le

En 2005, en France, des sociétés de gestion collective, l'ADAMI et la SPEDIDAM – rejointes par des sociétés de consommateurs comme UFC Que Choisir ou l'UNAF – ont créé l'Alliance public artistes, dont l'objectif est de proposer un système de licence globale pour liciter les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*⁽²⁰⁾. L'objectif est, d'une part, comme indiqué sur leur site Internet, de « placer dans un cadre légal les millions d'internautes [...] qui partagent de la musique, des œuvres audiovisuelles, des images et des photographies en ligne », et, d'autre part « de prévoir un mode de rémunération » pour les titulaires de droits. L'Alliance public artistes traite différemment le *download* alors envisagé en termes de copie privée soumise au régime de la licence légale et l'*upload* soumis à un régime de gestion collective obligatoire via le droit de mise à disposition du public. Les rémunérations seraient prélevées sur les factures de connexion Internet des usagers – qui choisiraient librement de souscrire au système – puis reversées par les fournisseurs d'accès Internet aux sociétés de gestion collective les redistribuant ensuite aux ayants droit.

III. La licence collective étendue

Le mécanisme de la licence collective étendue est propre aux pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège, Suède). Dans la gamme des dispositifs étudiés jusqu'ici, c'est certainement le dispositif le plus proche d'une pleine exclusivité des droits de l'auteur (A.). Sans que ce système ait été proposé pour le *peer-to-peer*, il s'agit d'une de ses applications possibles pour certaines législations et la figure commence, en outre, à intéresser la doctrine (B.).

cas de la proposition de loi déposée par le sénateur R. MILLER, qui, en son art. 8, impose la gestion collective obligatoire à l'égard des « opérateurs de base de données », expression qui pourrait viser les sites de vente en ligne. Voy. égal., en France, le rapport remis au ministre de la Culture et de la Communication par MM. P. ZELNIK, J. TOUBON et G. CERUTI, janvier 2010, disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/mcc/Actualites/A-la-une/Remise-du-rapport-de-la-mission-creation-et-Internet>.

(20) Le site Internet est à l'adresse <http://www.lalliance.org>. Se reporter au rapport du CSPLA, *La distribution des contenus numériques en ligne*, décembre 2005, prés. par P. SIRINELLI, disponible en ligne sur le site du CSPLA, spéc. pp. 62-73.

A. Explication du dispositif

Dans un premier temps, ce système se caractérise par le transfert volontaire, par les titulaires de droits, de leurs droits à une société de gestion collective pour l'utilisation de leurs œuvres. Le fondement du mécanisme consiste en l'adhésion volontaire des titulaires de droits. Les sociétés de gestion concluent alors avec des utilisateurs des contrats collectifs. Ce n'est que dans un second temps que ces licences sont élargies, par le législateur, à tous les titulaires d'une certaine catégorie d'œuvres. Le répertoire de la société de gestion collective s'étendra aux ayants droit qui n'en sont pas membres. La seule condition à remplir est la suivante : la société de gestion doit représenter un nombre considérable d'ayants droit dans une catégorie d'œuvres donnée, ce qui atteste de sa légitimité. L'objectif est de faciliter certains usages des œuvres protégées. La licence collective étendue est donc automatiquement appliquée à l'ensemble des auteurs d'un secteur donné, y compris les auteurs étrangers. La législation peut toutefois permettre aux auteurs qui ne souhaitent pas être soumis au régime de la licence collective étendue de se retirer du système en profitant de la possibilité d'*opt-out*. Mais ce n'est pas toujours le cas. La majorité des licences collectives étendues sont obligatoires pour les titulaires de droits, qu'ils soient membres ou non de la société de gestion collective concernée.

Le modèle, originellement mis en place pour gérer les droits de retransmission dans les pays nordiques, a été instauré pour d'autres utilisations des œuvres. C'est ainsi qu'au Danemark⁽²¹⁾, par exemple, la reprographie dans les écoles et les entreprises est soumise à une licence collective étendue⁽²²⁾, de

(21) Cf. T. Riis et J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon? », *Columbia Journal of Law and the Arts*, vol. 33, Iss. IV, 2010, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1535230>, spéc. pp. 3-7 ; D. Gervais, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Étude pour le ministère du Patrimoine canadien, juin 2003, disponible sur http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/licence_etendue_questions.pdf, spéc. pp. 51-55 ; T. Koskinen-Olsson, « Collective Management in the Nordic Countries », in *Collective Management of Copyright and Related Rights* (D. Gervais ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, pp. 257-282.

(22) Art. 13 et 14 du Danish Copyright Act (DCA) disponible sur <http://www.wipo.int/wipolex/en/>. T. Riis et J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon? », *op. cit.*, p. 3.

même que la reproduction numérique par les bibliothèques⁽²³⁾. Les domaines de prédilection pour le mécanisme de licence collective étendue sont la reprographie, l'utilisation pour les déficients visuels, l'utilisation par les télévisions du service public et la retransmission par câble. Dans toutes ces hypothèses, l'utilisation des œuvres est autorisée dès l'instant où les exigences relatives aux licences collectives étendues telles que formulées par l'article 50 du Copyright Act danois sont satisfaites. Cet article 50 définit le cadre et les modalités du mécanisme de licence collective étendue. Certaines des dispositions (art. 24 a, 30, 30 a, et 50 (2)) permettent aux auteurs non membres de sortir du mécanisme de licence collective étendue grâce à l'*opt-out* en interdisant l'utilisation de leurs œuvres dans ce cadre. Contrairement à l'opinion répandue, l'*opt-out* n'est pas une caractéristique du mécanisme de licence étendue ; néanmoins, il en constitue l'une des modalités possibles.

B. Application éventuelle aux échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer

Une hypothèse de licence collective étendue générale, introduite dans la loi danoise en 2008, concerne les « autres formes d'utilisation » dans certains domaines spécifiques couverts par un accord conclu entre une société de gestion représentant un nombre significatif de titulaires de droits, et les utilisateurs⁽²⁴⁾. Ce système résulte des débats sur les solutions envisageables à l'exploitation des œuvres orphelines⁽²⁵⁾. La singularité de cette disposition est qu'elle ne vise aucun type d'utilisation des œuvres en particulier. Par conséquent, tous les domaines du droit d'auteur sujets à licence qui impliquent un nombre significatif de titulaires de droits sont susceptibles de bénéficier du mécanisme de licence collective étendue⁽²⁶⁾. Les nouvelles dispositions donnent la possibilité aux parties intéressées

(23) Art. 16 b du DCA.

(24) Art. 50 (2) du DCA : « Extended collective license may also be invoked by users who, within a specified field, have made an agreement on the exploitation of works with an organisation comprising a substantial number of authors of a certain type of works which are used in Denmark within the specified field. However, this does not apply, if the author has issued a prohibition against use of his work in relation to any of the contracting parties ».

(25) T. Riis et J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon? », *op. cit.*, p. 2.

(26) *Ibid.*, p. 6.

d'utiliser ces licences dans des domaines nouveaux décidés par les parties contractantes. À titre d'exemple, en juillet 2009, le ministère de la Culture a agréé certaines sociétés de gestion – Copydan, Koda, et NCB – en vue de l'application du système de la licence collective étendue pour ce qui concerne les droits secondaires de retransmission par câble (services à la demande)⁽²⁷⁾. Toutefois, comme le prévoit l'article 50 (2), le mécanisme de la licence collective étendue ne s'applique pas si un auteur s'est opposé à l'utilisation de ses œuvres dans ce contexte.

Cette nouvelle disposition danoise pourrait éventuellement permettre d'appliquer à l'avenir le mécanisme de la licence collective étendue aux échanges d'œuvres à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer*. Il faudrait que les échanges d'œuvres à des fins non commerciales entre internautes sur les réseaux *peer-to-peer* puissent constituer un domaine spécifique et que les utilisateurs qui souhaitent bénéficier d'une extension de la licence concluent dans un premier temps un contrat collectif avec une société de gestion représentant un nombre substantiel de titulaires de droits dans le type d'œuvres en question. Dans un second temps, ce contrat pourrait être étendu à tous les titulaires de droits de la catégorie d'œuvres en question, à condition que la société de gestion représente un nombre substantiel de titulaires de droits. Le mécanisme devra prévoir que les auteurs qui ne souhaitent pas voir leurs œuvres utilisées dans ce contexte auront le droit de s'en extraire grâce à l'option d'*opt-out* qui leur est donnée. À l'avenir, il semble donc possible que la nouvelle disposition danoise puisse s'appliquer aux échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, pour autant que les sociétés de gestion existantes aient autorisé contractuellement un tel échange de leur répertoire.

En Suède⁽²⁸⁾, une proposition d'un nouvel article sur les licences collectives étendues a été présentée en avril 2010⁽²⁹⁾. Cette nouvelle disposition

(27) *Ibid.*, p. 6.

(28) *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, amendé par une loi du 26 mai 2005, disponible sur <http://www.wipo.int/wipolex/en/>.

(29) Ce texte contient également d'autres propositions en vue d'amender les dispositions existantes sur les licences étendues en étendant leur champ à de nouveaux modes d'exploitation des œuvres. Se reporter au résumé anglais (pp. 25-36) de l'*Interim Report* rédigé par l'*Inquiry on copyright, Statens Offentliga Utredningar, Ministry of Justice*, avril 2010.

permettrait également aux parties de conclure des licences étendues dans des domaines non couverts explicitement par ce mécanisme, afin de simplifier la gestion des droits face à des utilisations de masse des œuvres. Les conditions suivantes devront être satisfaites : l'accord doit s'appliquer à un domaine bien défini et délimité, l'accord sous lequel une licence collective a étendu ses effets doit être une précondition pour l'exploitation, l'accord doit être écrit et contenir des informations démontrant que l'intention des parties est que la licence collective ait un effet étendu. Une modalité spécifique pourrait être introduite, offrant à l'auteur la possibilité d'interdire l'exploitation de ses œuvres⁽³⁰⁾. Le système semble assez similaire à ce que prévoit déjà l'article 50 (2) du Copyright Act danois⁽³¹⁾.

Le dispositif de la licence collective étendue séduit outre-Atlantique – de manière générale et pas spécialement pour être appliqué au *peer-to-peer* –, puisqu'un auteur canadien, Daniel Gervais⁽³²⁾, préconise son adoption dans la législation au Canada en intégrant une disposition similaire à l'article 50 du Danish Copyright Act⁽³³⁾ qui reprendrait les éléments constitutifs d'une licence collective étendue. La Commission du droit d'auteur aurait le pouvoir d'accorder ce type de licence et de décider du caractère substantiel du nombre de titulaires de droits requis pour une utilisation donnée ; elle devrait aussi tenir compte de l'intérêt public. La Commission aurait également la possibilité d'exiger des informations sur

(30) Art. 42 a avec l'ajout de cette proposition (issu du *Sweedish Government Official Reports*, 8 April 2010, *Committee of Inquiry on the Copyright Act, Ministry of Justice*, p. 6) : « § 2. An extended collective licence applies also when an agreement has been concluded in accordance with the conditions set out in the first paragraph and relating to other exploitation of works and the agreement relates to exploitation within a limited and well-defined area, the extended collective licence effect is a precondition for the exploitation, and, the agreement is in writing and contains information that the agreement is intended to have an extended collective licence effect. The provisions of the second paragraph do not apply if the author has filed a prohibition against the exploitation with any of the contracting parties ».

(31) *Cf. supra*.

(32) D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, *op. cit.*

(33) *Cf. supra*. – L'Association des compositeurs du Canada (SAC) a proposé une version concrète de la proposition de D. GERVAIS, disponible sur <http://www.songwriters.ca/proposal/detailed.aspx>.

le fonctionnement du mécanisme dans une société de gestion⁽³⁴⁾. Les titulaires de droits non membres de la société de gestion collective seraient représentés grâce à un mandat non exclusif de durée limitée. La société de gestion aurait l'obligation de faire des efforts raisonnables pour retrouver ces titulaires de droits et assurerait la publicité des sommes non encore réclamées. Le régime prévoirait l'*opt-out*; l'auteur devrait envoyer un avis à la société de gestion qui entrerait en vigueur au plus tard 60 jours après sa réception⁽³⁵⁾.

Notons également que la licence collective étendue est un mécanisme parfois envisagé par la Commission européenne pour des problématiques d'utilisation d'œuvres dans l'environnement numérique⁽³⁶⁾.

section 2

La faisabilité juridique de ces mécanismes au regard des textes internationaux

La consécration d'un mécanisme de restriction des droits exclusifs de l'auteur, qu'il s'agisse d'une exception, d'une licence non volontaire, d'une gestion collective obligatoire d'un droit exclusif ou d'une licence collective étendue, ne peut se faire de manière arbitraire. L'adoption de ces dispositifs est encadrée par différents principes posés par les textes internationaux et européens. Il convient tout d'abord de savoir si les restrictions apportées au droit exclusif par les solutions proposées sont autorisées. La convention de Berne, surtout, établit des possibilités réduites de limitations des droits exclusifs, soit qu'elles soient admises expressément par le traité international (I.), soit qu'elles passent le test des trois étapes (II). Encore faut-il toutefois vérifier

(34) Sur tous ces points, se reporter à D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, op. cit., spéc. p. 45.

(35) Sur tous ces points, se reporter à D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, op. cit., spéc. pp. 46-47. Pour davantage de détails, voy. les développements de l'auteur à partir de la p. 27.

(36) Voy. COMM. CE, *Droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 19 octobre 2009, COM(2009) 532 final; ainsi que *Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future*, A reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 22 octobre 2009.

si l'on est bien en présence de limitations au droit exclusif. S'agissant de limitations au droit d'auteur, le droit communautaire, outre l'application du test des trois étapes, ne permet pas d'envisager des exceptions au-delà d'une liste qu'il établit de manière exhaustive (III.). Ensuite, le principe d'interdiction de formalités conditionnant l'octroi ou l'exercice du droit d'auteur résultant de la Convention de Berne, pourrait être mis à mal par certains mécanismes envisagés (IV.).

1. Les limitations autorisées du droit exclusif

La convention de Berne admet de limiter les droits exclusifs qu'elle accorde dans plusieurs hypothèses. Outre des exceptions qu'il autorise explicitement les États contractants à adopter⁽³⁷⁾ et les exceptions mineures reconnues implicitement⁽³⁸⁾, ce traité international admet la possibilité d'aménager les conditions d'exercice du droit exclusif en matière de nouvelle radiodiffusion ou communication d'une œuvre radiodiffusée (art. 11bis (2))⁽³⁹⁾ et d'enregistrement sonore d'une œuvre musicale (art. 13)⁽⁴⁰⁾. Le test des trois étapes légitime également et de manière plus générale les limitations et exceptions par lesquelles les législations nationales dérogent aux droits exclusifs de l'auteur. Toute proposition de licence

(37) Il s'agit notamment de la citation (art. 10(1)), de l'utilisation à des fins d'enseignement (art. 10(2)), la reproduction par la presse (art. 10bis (1)), le compte-rendu d'actualités (art. 10bis (2)), et les enregistrements éphémères par les organismes de radiodiffusion (art. 11bis (3)).

(38) Les exceptions mineures sont admises en vertu des actes de la conférence de Stockholm et visent des cas d'utilisation de l'œuvre de *minimis*.

(39) Art. 11bis (2): « Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1) ci-dessus [droit de radiodiffusion et droits connexes], mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente ».

(40) Art. 13: « (1) Chaque pays de l'Union peut, pour ce qui le concerne, établir des réserves et conditions relatives au droit exclusif de l'auteur d'une œuvre musicale et de l'auteur des paroles, dont l'enregistrement avec l'œuvre musicale a déjà été autorisé par ce dernier, d'autoriser l'enregistrement sonore de ladite œuvre musicale, avec, le cas échéant, les paroles; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies et ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente ».

globale autorisant les échanges *peer-to-peer* doit être compatible avec ce cadre international. La première concerne la qualification du mécanisme envisagé, licence non volontaire, gestion collective obligatoire ou licence collective étendue : s'agit-il de limitations du droit exclusif devant passer les différents sas de la convention de Berne et principalement ses articles 11 *bis* et 13, ainsi que le triple test ou, pour certains mécanismes, s'agit-il uniquement de modalités d'exercice du droit exclusif qui ne sont pas régies par le texte international ?

S'agissant de la détermination des conditions de passage des propositions de légitimation du *peer-to-peer*, une première réponse, facile, s'impose. Si le modèle envisagé est celui de la licence non volontaire, cette dernière est, sans aucun doute, une limitation au droit d'auteur. Une telle licence légale ou obligatoire est explicitement permise par les articles 11 *bis* et 13 de la convention de Berne, dans deux hypothèses (rediffusion d'une œuvre déjà radiodiffusée ou son enregistrement sonore) qui ne couvrent pas le partage d'une œuvre en *peer-to-peer*⁽⁴¹⁾. Ces deux articles recouvrent-ils les seules situations où les États pourraient accorder aux utilisateurs des œuvres une autorisation de reproduction ou de communication au public, assortie d'une rémunération ? À titre explicite oui, mais une telle limitation peut encore être organisée par les États, si elle satisfait aux conditions posées par le test des trois étapes. Ce qui renvoie l'hypothèse de la licence non volontaire proposée par certains auteurs ou par la proposition de loi écologiste à ce deuxième examen (voir *infra*).

La situation de la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue est plus ambiguë. Assez curieusement selon nous, une controverse a surgi sur la possibilité d'asseoir, sur les articles 11 *bis* et 13 de la convention de Berne, de tels aménagements de la gestion collective pour l'échange de fichiers sur Internet. Toute la controverse repose sur la qualification de ces mécanismes en termes de limitation au droit d'auteur.

Ces deux dispositions sont généralement interprétées comme offrant aux États la possibilité d'instaurer ou de conserver des licences non

volontaires pour les hypothèses qu'elles couvrent (radiodiffusion et enregistrement sonores d'œuvres musicales). Mais les termes utilisés, « conditions d'exercice des droits » pour l'une, et « réserves et conditions relatives au droit exclusif » pour l'autre, pourraient indiquer que le choix des législateurs nationaux est en réalité plus large que la seule licence légale, pour autant qu'une rémunération équitable soit prévue pour les ayants droit. En vertu du principe « qui peut le plus peut le moins », rien n'empêcherait donc de prévoir une gestion collective obligatoire ou une licence collective étendue pour régler l'exercice des droits de retransmission radiodiffusée ou d'enregistrement sonore des œuvres musicales.

En déduire que la gestion collective obligatoire ou la licence collective étendue ne sont pas autorisées par la convention de Berne en dehors de ces hypothèses nous paraît toutefois excessif. C'est pourtant ce que fait M. Ficsor lorsqu'il affirme que « puisque les possibilités d'« établir des conditions » sont prévues dans la Convention de façon exhaustive, on peut en déduire *a contrario* qu'en règle générale, la gestion collective obligatoire de *droits exclusifs* ne peut pour ainsi dire être prescrite que dans des cas analogues à ceux des licences non volontaires (autrement dit, pour de simples droits à rémunération) »⁽⁴²⁾. C'est le *a contrario* qui nous semble ici illogique. Que, dans deux hypothèses, la convention de Berne admette différentes atténuations du droit exclusif n'implique pas pour autant que ces atténuations ne valent que dans ces hypothèses, pas plus que cela ne tranche la question de la qualification en « limitations » de ces modalités de gestion collective, certes imposées à l'auteur. Ce sont les possibilités d'établir des limitations au droit exclusif qui sont prévues exhaustivement par la convention de Berne (du moins lorsqu'elle prescrit un droit exclusif), et non la détermination de conditions pour exercer ce droit exclusif.

On ne pourrait donc souscrire à l'analyse de M. Ficsor qu'en déterminant que la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue sont bel et bien des « limitations » du droit exclusif, qui doivent dans ce cas

(42) M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être « étendue » ou rendue obligatoire ? », *e-Bulletin du droit d'auteur*, octobre 2003, p. 4. En ce sens égal., D. GÉRAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, op. cit., spéc. p. 43.

subir l'épreuve du test des trois étapes, si elles ne sont pas couvertes par les articles 11 bis et 13 de Berne.

Une controverse divise la doctrine sur ce point. Elle s'est développée principalement sur la gestion collective obligatoire, mais peut s'appliquer également, avec les adaptations qui s'imposent, à la licence collective étendue. Les arguments soutenant l'une et l'autre position peuvent être résumés comme suit.

Pour les uns⁽⁴³⁾, la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif, en tant que modalité d'exercice de ce droit, ne serait pas concernée par la convention de Berne et pourrait donc être librement consacrée par les législateurs, sans qu'il soit besoin de satisfaire au test des trois étapes.

Dans le cas des exceptions et des licences non volontaires, il est interdit à l'auteur d'exercer ses droits exclusifs. Et dans l'hypothèse de la licence non volontaire, il perçoit une rémunération en contrepartie : son droit exclusif s'est transformé en droit à rémunération. En revanche, le mécanisme de la gestion collective obligatoire ne remettrait pas en cause l'existence du droit exclusif de l'auteur et ne limiterait pas ce droit, mais se contenterait d'organiser différemment ses modalités d'exercice, en imposant sa gestion collective. S. von Lewinski estime qu'« en réalité, l'auteur ne se voit limité que dans les conditions d'exercice du droit : seul le droit d'exercer son droit exclusif par l'intermédiaire de la société de gestion lui est permis, mais le droit lui-même n'est pas limité en tant que tel [...] »⁽⁴⁴⁾. Le droit exclusif ne serait pas atteint dans son existence – ce qu'encadrent les conventions internationales –, mais simplement dans son exercice, ce qui ne contrarie pas ces textes⁽⁴⁵⁾.

(43) S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, étude de cas », *e-bulletin du droit d'auteur*, janvier-mars 2004 ; Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *e-bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, janvier-mars 2007.

(44) S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, étude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 5. En ce sens égal, Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *op. cit.*, spéc. p. 11.

(45) Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *op. cit.*, spéc. p. 11.

De surcroît, la gestion collective obligatoire semble légitime si l'exercice individuel du droit en question s'avère impossible ou irréaliste. Les sociétés de gestion collective « participent [...] à l'effectivité du droit privatif quand le législateur a fait le choix de la gestion collective obligatoire »⁽⁴⁶⁾. Il apparaît en effet plus profitable à l'auteur de confier – même s'il en a l'obligation – la gestion de ses droits à une société de gestion plutôt que de se tourner vers des exploitants face à qui il sera nécessairement en position de faiblesse. À cet égard, la gestion collective obligatoire offre « une forme de protection de l'auteur contre la pression des entreprises pour qu'il leur transfère ce droit »⁽⁴⁷⁾. Ch. Geiger estime même que la consécration de mécanismes de gestion collective obligatoire pourrait relever de l'intérêt public⁽⁴⁸⁾.

Par ailleurs, la gestion collective obligatoire signifie simplement que l'auteur ne peut plus exercer de manière individuelle les droits exclusifs visés. Il conserve toujours le pouvoir d'influer sur les conditions et les modalités d'une licence à accorder à tel ou tel utilisateur et sur la répartition des sommes collectées par la société de gestion entre les titulaires de droits⁽⁴⁹⁾. Si l'on suit cette tendance doctrinale, l'adoption d'une gestion collective obligatoire pour l'hypothèse d'échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* ne poserait aucune difficulté, puisque, s'agissant simplement d'une organisation des modalités d'exercice des droits de reproduction et de communication au public des titulaires de droits, elle ne serait pas inquiétée par la convention de Berne et ne devrait pas satisfaire aux exigences posées par le test des trois étapes.

Le raisonnement de S. Von Lewinski et Ch. Geiger est tout à fait – et même d'autant plus étant donné les spécificités du mécanisme⁽⁵⁰⁾ – trans-

(46) M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{re} éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2009, p. 603, n° 886. S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, étude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 2.

(47) *Ibid.*, spéc. p. 9.

(48) Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *op. cit.*, spéc. p. 12.

(49) S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, étude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 7.

(50) Cf. *supra*.

posable aux licences collectives étendues. La question ne se pose pas pour la première phase du dispositif qui consiste en la signature d'un contrat collectif entre les sociétés de gestion de droits et les utilisateurs, puisque les auteurs ont confié volontairement la gestion de leurs droits à ces sociétés⁽⁵¹⁾. Mais, sur base de ces accords négociés entre sociétés de gestion et utilisateurs, le législateur va élargir les effets du contrat collectif ainsi conclu à toutes les œuvres de la catégorie visée et inclure de la sorte dans le processus les auteurs non-membres des sociétés de gestion collective. À ce stade, une obligation est posée à certains auteurs par le biais du législateur qui paraît réduire leur liberté d'exercice des droits.

L'élément déterminant dans la qualification pourrait alors résider dans la possibilité d'*opt-out* qu'offre ou non la licence collective étendue⁽⁵²⁾. Si une telle faculté est prévue, le caractère exclusif des droits est préservé, puisque l'auteur a le choix de sortir du mécanisme de licence étendue pour gérer lui-même, de manière individuelle, ses droits. Dans ce contexte, la licence collective étendue pourrait être envisagée comme une *variante de gestion collective volontaire* dans le sens où les titulaires de droits conservent leur choix d'exercer individuellement ou collectivement leurs droits. Ce qui change, dans la seconde phase du système, est simplement la modalité : de l'*opt-in* au début du processus, on passe à l'*opt-out* pour la suite. Une licence collective étendue avec *opt-out* pourrait donc être conçue comme une gestion particulière des droits exclusifs et échapper ainsi à la qualification de limitation, ce qui lui épargnerait de passer l'épreuve du test des trois étapes.

Dans le cas d'une licence collective dépourvue de la faculté d'*opt-out*, la loi impose aux auteurs la gestion collective, sans possibilité pour ceux-ci de s'en défaire. On est alors dans une hypothèse assez similaire à la gestion collective obligatoire.

(51) T. Riis et J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon ? », *op. cit.*, p. 15, § 4.3.1 ; C. RYDNING, *Extended Collective Licenses, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, Oslo, Norwegian Research Center for Computers and Law, Unipub, 2010, p. 23, n° 2.4, « ECLs are in fact a means of managing collectively the rights of a whole class of authors. And, contrary to outright mandatory licences, the ECLs entail an active management, i.e. the terms of use are not regulated by rigid, passive legislation, but by agreements negotiated in the free market ».

(52) Cf. *supra*.

Un second courant doctrinal appréhende à l'inverse la gestion collective obligatoire comme une véritable restriction au droit exclusif de l'auteur, ce qui la soumet à l'analyse du triple test. Outre l'argument, que nous avons déjà rejeté, sur le fait que les articles 11 *bis* et 13 de la convention de Berne couvrent des hypothèses plus larges que la seule licence légale, M. Ficsor raisonne sur base de la perception des hypothèses visées. Il pose en effet des questions sur l'effet des modalités apportées à la gestion individuelle du droit exclusif par la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue, questions qui appellent à considérer que le droit des auteurs est en effet réduit par ces mécanismes ou qu'à tout le moins une condition est ainsi imposée à l'auteur.

Pour M. Ficsor, la position de principe est celle de droits exclusifs dont l'exercice doit être individuel. Toute atténuation de ce principe doit être vue comme une limitation des droits reconnus à l'auteur par les traités internationaux. Il en conclut que « lorsque les règles internationales relatives au droit d'auteur et/ou l'acquis communautaire prévoient la possibilité de l'exercice individuel d'un droit exclusif et que les règles pertinentes n'établissent pas de *conditions* pour l'exercice de ce droit (pas plus qu'elles ne permettent de le limiter à un simple droit à rémunération), il serait contraire à ces règles de subordonner ce droit à la condition qu'il ne puisse s'exercer *que* dans le cadre d'une gestion collective »⁽⁵³⁾. M. Ficsor précise que, même dans les hypothèses où la gestion collective obligatoire est rendue possible, elle « ne se justifie que lorsque l'exercice individuel des droits est impossible ou, tout au moins, hautement irréalisable en raison du nombre de titulaires de droits, du nombre d'utilisateurs ou d'autres circonstances liées à l'utilisation »⁽⁵⁴⁾. D'autres auteurs se rallient à cette position et l'appliquent également à la licence collective étendue⁽⁵⁵⁾. S'agissant

(53) M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 7.

(54) *Ibid.*, pp. 6-7.

(55) En ce sens, *La distribution des contenus numériques en ligne*, Rapport du CSPLA, présidé par P. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 67 : « lorsque les traités internationaux ne prévoient pas la possibilité d'instaurer une licence légale, on ne peut imposer de gestion collective obligatoire ou d'accords collectifs étendus pour la raison que lorsque les textes internationaux consacrent un droit exclusif, le bénéficiaire de ce droit se voit reconnaître la liberté de l'exercer individuellement » ; voy. égal. T. Riis et J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon ? », *op. cit.*, p. 15, § 4.3.1.

de cette dernière modalité de gestion collective, il s'agirait d'une limitation, qu'elle soit assortie ou non d'une faculté d'*opt-out*. Le législateur imposerait, dans le premier cas, une présomption d'autorisation de l'auteur pour l'utilisation visée tant qu'il n'a pas manifesté son désaccord : ce qui revient à renverser le principe fondamental du système du droit d'auteur, basé sur le choix exclusif de l'ayant droit⁽⁵⁶⁾. Par ailleurs, si l'*opt-out* n'est pas prévu, le système devient obligatoire pour les titulaires de droits qui ne sont pas membres de la société de gestion et en cela, le caractère exclusif de leurs droits n'est pas sauvegardé.

L'opposition entre ces deux courants se réduit au sens qu'on donne à « limitation ». Envisager la notion dans un sens restreint, comme rendant impossible l'exercice du droit exclusif et dispensant l'utilisateur de l'œuvre d'une autorisation préalable, exclut les modalités de gestion exclusive imposée par le législateur⁽⁵⁷⁾. À l'inverse, une interprétation large de « limitation » permet d'inclure toute incursion sur le pouvoir exclusif et individuel de l'auteur de décider de l'exercice de ses droits, et notamment la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue.

La terminologie utilisée dans les textes applicables n'est pas d'une grande aide. Pour qualifier la licence collective étendue, les textes normatifs eux-mêmes emploient le terme de « gestion des droits » pour la définir ou n'insèrent pas les dispositions les concernant dans des sections dédiées aux exceptions⁽⁵⁸⁾. La gestion collective obligatoire est rarement traitée dans les

(56) Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, op. cit., p. 24, n° 2.4 : « such a system turns upside down the starting point of copyright, namely that it is forbidden to use a work unless authorization is granted by its rights holder. Using contractual presumptions [...] cannot alter this fact if the presumption of acceptance verges on a simulation » ; D. GÉRYAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, op. cit., p. 5 : « le régime de gestion collective classique en est un de « opt-in », c'est-à-dire que les titulaires de droits doivent choisir d'y participer, alors que sous un régime de licence collective étendue, le principe est inversé et devient un opt-out ».

(57) B. HUGENHOLTZ et R. OKEOJI, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Institute for Information Law, University of Minnesota Law School, 2008, p. 19.

(58) Cf. T. RUS et J. SCHOVSBO, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon ? », op. cit., p. 11, note 45 ; Ch. RYDNING, *Extended Collective licences*,

sections relatives aux exceptions. Bien plus, le considérant 18 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information fait référence à la gestion de droits lorsqu'il vise les licences collectives étendues et considère que ces modalités de gestion ne sont pas concernées par la directive. La formulation du test des trois étapes dans les accords ADPIC et les traités de l'O.M.P.I. de 1996 se contente de parler de « limitations et exceptions », mais l'article 9(2) de la convention de Berne dispose qu'« est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des dites œuvres dans certains cas spéciaux... »⁽⁵⁹⁾. Dans le cas de la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue, l'autorisation de reproduire ou communiquer les œuvres reste donnée par les ayants droit, par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective, et non par les législations nationales, ce qui pourrait suggérer que le test des trois étapes ne vise que les hypothèses d'exceptions et de licences légales pour lesquelles l'autorisation de reproduction résulte de la loi. On pourrait déduire de ces divers arguments de texte que les systèmes de gestion collective obligatoire ou de licence collective étendue ne constituent pas des exceptions ou limitations.

Plus fondamentalement, une objection téléologique nous paraît devoir être soulevée. Si l'objectif ultime de la qualification de la gestion collective obligatoire et de la licence collective étendue est d'être soumis au test des trois étapes, n'est-il pas contradictoire de confronter cet exercice du droit exclusif au critère essentiel du test qu'est l'absence d'atteinte à l'exploitation normale ? Ces méthodes d'exercice du droit d'auteur ne portent en principe pas préjudice à cette exploitation normale puisqu'elles permettent de réaliser cette exploitation. C'est d'autant plus vrai pour la licence collective étendue, que le législateur n'impose aux auteurs non membres d'une société de gestion collective, qu'en raison des contrats déjà conclus par cette dernière au nom d'une majorité d'auteurs, qui peuvent être raisonnablement considérés comme une exploitation normale pour être étendus à l'ensemble des ayants droit.

The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law, op. cit., p. 22, n° 2.4. Pour ex., le Chap. 2 du Copyright Act danois s'intitule depuis 2002 « Limitations on Copyright and Management of Rights in the Event of Extended Collective License » ; le Chap. 3 du Copyright Act suédois dédié au « Transfer of rights » contient les dispositions relatives aux licences collectives étendues.

(59) Nous soulignons.

La question de la qualification de la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif et de la licence collective étendue en termes de limitations ou d'exceptions reste difficile à trancher. Faire passer l'épreuve du test des trois étapes aux solutions de légitimation des échanges en *peer-to-peer*, s'il est indispensable pour la licence légale, nous paraît toutefois avisé pour tout modèle basé sur la gestion collective non volontaire également dans la mesure où un tel examen ne peut que conférer davantage de légitimité au modèle choisi.

II. L'épreuve du test des trois étapes

Le principe étant le caractère exclusif du droit, toute limitation/atteinte devant y être apportée est strictement encadrée à l'échelon international et européen par le test des trois étapes⁽⁶⁰⁾. La convention de Berne est le premier texte à avoir mentionné le test des trois étapes. L'article 9(2), siège de ce mécanisme, a été instauré en même temps que le droit de reproduction lors de la conférence de révision de 1967 à Stockholm puis adopté dans l'Acte de Paris de 1971⁽⁶¹⁾. Seules les exceptions à ce droit patrimonial étaient alors concernées. Les accords ADPIC, annexés au traité du GATT, ont, le 15 avril 1994, étendu le test des trois étapes à l'ensemble des droits patrimoniaux⁽⁶²⁾. Les traités O.M.P.I., textes additionnels à la convention de Berne, adoptés le 20 décembre 1996, ont également repris l'instrument et l'ont appliqué en parallèle aux droits voisins⁽⁶³⁾. Le législateur communautaire a énoncé le test des trois étapes à l'article 5.5 de la directive société de l'information du 22 mai 2001⁽⁶⁴⁾. Certes, l'outil avait déjà été mentionné dans les directives

(60) Cf. Convention de Berne (Acte de Paris, 1971, art. 9.2), le traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (art. 10), le traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996 (art. 16), l'Accord sur les ADPIC entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 (art. 13) et la Dir. 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information en son art. 5.5.

(61) Voir not. les explications de M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the ThreeStep Test, An analysis of the ThreeStep Test in International and EC Copyright Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, spéc. pp. 47-52.

(62) Cf. art. 13.

(63) Cf. l'art. 10 du traité O.M.P.I. sur le droit d'auteur, et l'art. 16 du traité O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

(64) Voy. aussi Consid. n° 44.

précédentes⁽⁶⁵⁾, mais il acquiert dorénavant une portée générale, puisqu'il concerne toutes les œuvres et prestations protégées par le droit d'auteur ou les droits voisins et l'ensemble des droits exclusifs. Ainsi, en vertu du test des trois étapes, les exceptions ou limitations au droit exclusif doivent être restreintes à certains cas spéciaux (A.) qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (B.) ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur (C.). Toute exception ou limitation doit passer avec succès le test des trois étapes pour pouvoir être adoptée par le législateur⁽⁶⁶⁾.

Les développements qui suivent seront basés sur la lecture opérée par le Groupe spécial de l'OMC dans le cadre d'un litige entre les Communautés européennes et les États-Unis à propos d'une exception contenue dans le Copyright Act américain⁽⁶⁷⁾. Pour ce qui concerne le test tel que défini à l'accord ADPIC, il existe en effet une procédure au sein de l'OMC qui permet de vérifier la légitimité des choix des législateurs des pays membres. Le test des trois étapes a été apprécié *in abstracto*, car l'outil s'adresse au législateur, c'est-à-dire que le juge s'est contenté de contrôler que les restrictions au droit exclusif incluses dans la législation respectaient, dans leurs termes généraux, les trois critères⁽⁶⁸⁾. Le Groupe spécial de l'OMC a analysé dans l'ordre chacune des étapes jugées éliminatoires.

(65) Cf. art. 6.3 de la Dir. 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, l'art. 10.3 de la Dir. 92/100 du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, telle que modifiée par la Dir. du 22 mai 2001, et l'art. 8.2 de la Dir. n° 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

(66) L'application du test par le juge lors d'un litige et pour juger de l'admissibilité d'une exception invoquée comme moyen de défense à une action en contrefaçon est controversée. Voy., sur ce point, S. DUSOLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *J.R.D.I.*, 2005, p. 213-223.

(67) Le rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R est disponible en français sur le site de l'OMC (wto.org). Certes, l'analyse proposée par le Groupe spécial est essentiellement économique, mais la nature de l'exception analysée l'exigeait. Il convient donc de la relativiser : J. GINSBURG, « Toward supranational copyright law ? The WTO Panel decision and the "three-step test" for copyright exceptions », *R.I.D.A.*, janvier 2001, pp. 2-64, n° 187, spéc. p. 28.

(68) S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, n° 571, p. 447, qui ajoute : « il ne s'agira donc pas de refuser le bénéfice d'une exception au seul motif que l'auteur, dans une situation précise, aurait pu négocier avec l'utilisateur, mais uniquement de vérifier si, sur un plan macroéconomique, l'adoption de l'exception par le législateur ne soustrait pas au contrôle de l'auteur un marché important et non justifié par un intérêt public prédominant ».

A. L'exigence d'un cas spécial

Le test des trois étapes exige en premier lieu qu'une exception ne soit adoptée que s'il s'agit d'un « certain cas spécial ». Une exception devrait avoir « un champ d'application limité ou une portée exceptionnelle »⁽⁶⁹⁾ et « être restreinte au sens quantitatif aussi bien que qualitatif »⁽⁷⁰⁾. Si l'on retient une approche quantitative comme l'a fait le Groupe spécial et comme le recommande une partie de la doctrine⁽⁷¹⁾, il convient de déterminer si l'utilisation qui serait visée par le dispositif rentre dans un « cas spécial », c'est-à-dire si son champ d'application est limité. En effet, les actes préparatoires de la conférence diplomatique de la conférence de Stockholm préconisaient que la faculté de restreindre le droit de reproduction soit limitée « à des fins nettement définies »⁽⁷²⁾. En revanche, il précise que les buts de politique générale publique pourraient permettre d'apprécier la portée d'une exception et la clarté de sa définition. L'exigence d'un « cas spécial » ne se définit alors qu'en fonction de données quantitatives et non qualitatives.

Le fait de permettre les échanges gratuits de certaines catégories d'œuvres entre internautes peut-il constituer un « cas spécial » ? En d'autres termes, il faut se poser les questions suivantes : quels utilisateurs vont bénéficier de la limitation, quelles catégories d'œuvres seront concernées, quels actes seront permis, dans quelle proportion et à quelle fin⁽⁷³⁾ ?

(69) Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.109.

(70) *Ibid.* Cf. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, coll. Droit@LITEC, Paris, LITEC, 1998, p. 187, n° 374 : « la formule [les cas spéciaux] n'est pas très contraignante. Elle postule simplement l'exclusion des exemptions généralisées ».

(71) J. GINSBURG, « Toward supranational copyright law ? The WTO Panel decision and the "three-step test" for copyright exceptions », *op. cit.*, spéc. p. 40, qui estime que le Groupe spécial a eu raison de ne pas examiner la motivation de l'exception ; S. RICKETSON et J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights, The Berne Convention and beyond*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 767, § 13-14. Voy. égal. Ch. RYONING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, p. 44, § 4.1.3.

(72) Voy. Ch. RYONING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, § 4.1.4 : « the first step indeed does require a reasonable degree of clarity and foreseeability ».

(73) Ch. RYONING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, p. 47, § 4.2.2.

En termes quantitatifs, tous les internautes sont potentiellement concernés par une telle exploitation ; toutes les catégories d'œuvres pourraient être également concernées. Mais seuls les échanges entre internautes et à des fins non commerciales seraient autorisés. Les actes permis seraient en outre bien délimités. De plus, l'exigence de gratuité des échanges – pour les internautes – permettrait encore de rétrécir le champ de l'utilisation. La satisfaction de la première étape ne semble donc pas poser trop de difficultés quel que soit le mécanisme d'autorisation choisi.

Par ailleurs, si le choix se portait vers le système de licence collective étendue, cette première étape du test pourrait être franchie encore plus facilement. En effet, la base contractuelle du dispositif couplée à l'exigence de représentativité de la société de gestion collective constitue déjà un cadre défini. En réalité, seuls les auteurs non membres subissent une limitation de leurs droits exclusifs ; les auteurs membres ont choisi de les exercer de manière collective⁽⁷⁴⁾. Ensuite, le champ d'application de la limitation est déterminé par l'accord collectif, lequel servira de base à l'extension de ses effets aux auteurs non membres⁽⁷⁵⁾. Les limitations imposées aux auteurs non membres n'iront jamais au-delà de ce que prévoit l'accord collectif. Ainsi, grâce au mécanisme de la licence collective étendue, le cas spécial dans l'hypothèse qui nous intéresse pourrait donc être bien délimité.

B. L'exigence d'une absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre

Le deuxième impératif du test en trois étapes consiste à apprécier si l'utilisation des œuvres en question porte atteinte à leur exploitation normale. La notion d'exploitation traduirait « l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres »⁽⁷⁶⁾. L'adjectif « normale » est soumis à deux interprétations, l'une empirique, l'autre

(74) Ch. RYONING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, p. 49, § 4.2.3.

(75) *Ibid.*, pp. 49-50, § 4.2.3.

(76) Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.165.

normative. Selon la première, est « normal » ce qui est « courant, habituel, classique, ou ordinaire »⁽⁷⁷⁾ ; selon la seconde, le terme « normal » renvoie au fait de « se conformer à un type ou à une norme »⁽⁷⁸⁾. Le Groupe spécial décide qu'« une façon d'évaluer la connotation normative du terme consiste à examiner, outre celles qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, les formes d'exploitations qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable »⁽⁷⁹⁾. Toutefois, « l'exploitation normale » de l'œuvre ne peut signifier le plein usage des droits exclusifs, sous peine de vider la clause d'exception de l'article 13 de son sens⁽⁸⁰⁾. Le Panel précise donc que la notion d'« exploitation normale » traduit « à l'évidence un peu moins que le plein usage d'un droit exclusif »⁽⁸¹⁾. Finalement, une exception aux droits exclusifs portera atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre si elle « constitue une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre [...] et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles »⁽⁸²⁾, tant potentiels que réels. Le caractère normal de l'exploitation correspond à « un standard variable au gré des techniques et des marchés »⁽⁸³⁾. Un mode d'exploitation en germe pourrait ombrager l'exploitation normale de l'œuvre⁽⁸⁴⁾.

Le fait de permettre les échanges d'œuvres entre internautes, à des fins non commerciales, sur les réseaux P2P porte-t-il atteinte à l'exploitation normale de ces œuvres ?

(77) *Ibid.*, § 6.166.

(78) *Ibid.*

(79) *Ibid.*, § 6.180.

(80) Y. GAUBIAC, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », CCE, juin 2001, Étude n° 15, pp. 12-17, spéc. n° 19.

(81) Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.167.

(82) *Ibid.*, § 6.183. Cette interprétation est conforme aux travaux préparatoires de la conférence de révision de Stockholm : cf. M. FICSOR, « How much of that ? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlements cases », *R.I.D.A.*, avril 2002, pp. 110-250, n° 192, spéc. p. 136.

(83) S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 443, n° 567.

(84) M. FICSOR, « How much of that ? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlements cases », *op. cit.*, spéc. p. 232.

Il convient dans un premier temps de définir ce que peut être l'exploitation normale des œuvres, c'est-à-dire l'exploitation qui génère des recettes significatives ou tangibles actuellement ou qui pourraient y donner lieu à l'avenir, étant entendu que l'exploitation normale de l'œuvre ne peut correspondre au plein usage des droits exclusifs. Dans ce contexte, l'exploitation normale des œuvres peut se comprendre comme correspondant à l'offre de téléchargement légal. Les plates-formes mises en place dans le respect de la loi sur le droit d'auteur constituent certainement la voie normale d'exploitation des œuvres.

Dans un second temps, il s'agira de savoir si la limitation envisagée aux droits exclusifs porte atteinte à l'exploitation normale qui aura été définie, en d'autres termes, si elle constitue une exploitation concurrente qui aurait pour effet de priver les auteurs de revenus significatifs ou tangibles. Les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* représentent assurément un autre mode d'exploitation des œuvres sur Internet. Toutefois, affirmer que ce nouveau mode d'exploitation concurrence les plates-formes de téléchargement légal serait un raccourci un peu vite emprunté. Le fait d'autoriser ces échanges empêcherait-il l'essor du marché de l'offre légale en ligne ? En d'autres termes, le mécanisme de restriction pourrait-il aboutir à étouffer, voire à condamner, le marché naissant de l'offre légale en ligne ? En ce qui concerne l'effet des échanges illégaux en *peer-to-peer* sur le marché légal des œuvres, les études économiques réalisées sont divergentes, en dépit des chiffres assésés à l'envi par l'industrie du disque. Autoriser ces échanges contre rémunération aura-t-il le même effet que le partage non contrôlé et non rémunéré ?

Pour ce qui concerne la licence légale, il semblerait qu'« une telle solution empiéterait en effet directement sur le marché principal de l'exploitation en ligne des œuvres »⁽⁸⁵⁾ dans le sens où toute œuvre serait accessible pour une somme minimale qui n'aurait pas été convenue par les titulaires de droit. La licence légale dans cette hypothèse semble difficilement compatible avec la deuxième étape du test.

(85) Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *op. cit.*, spéc. p. 9.

Quant à la gestion collective obligatoire, la réponse ne peut être aussi péremptoire en ce sens que la société de gestion conserve une certaine marge de manœuvre pour négocier les contrats avec les utilisateurs et s'adapter en conséquence aux mécanismes déjà existants d'offres légales, et partant éviter la concurrence directe avec les offres légales. Et il ne faut pas négliger le fait que la négociation se fera sur une base volontaire de la société de gestion. Mais il faut bien admettre que la rémunération des auteurs proposée aux utilisateurs restera probablement d'un montant limité, dans la mesure où elle ne devra pas être dissuasive afin d'attirer les internautes et de les éloigner des pratiques illégales.

S'agissant de la licence collective étendue, il convient de souligner qu'à son origine intervient la signature d'un accord entre les sociétés de gestion collective, auxquelles ont adhéré volontairement un nombre substantiel d'auteurs, et les utilisateurs. La licence collective étendue est le résultat d'un choix fait par les titulaires de droits d'une certaine catégorie d'œuvres pour les contrats collectifs au lieu de se livrer à une gestion individuelle⁽⁸⁶⁾. On peut donc estimer que la licence collective constitue l'exploitation normale des droits dans certaines hypothèses particulières⁽⁸⁷⁾. Lorsque l'accord collectif est ensuite étendu aux titulaires de droits non membres, ceux-ci ne sont pas privés d'une exploitation normale de leurs droits, mais bien au contraire, ils sont associés à une exploitation qui a été considérée comme « normale » par un nombre substantiel de titulaires de droits. L'appréciation de la deuxième étape du test exige toutefois de tenir compte à la fois des termes de l'accord contractuel et des dispositions qui ont vocation à étendre la licence⁽⁸⁸⁾. Par ailleurs, si l'*opt-out* est proposé aux auteurs – ce qui est loin d'être toujours le cas – le dispositif a

(86) T. Riis et J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon? », *op. cit.*, p. 16.

(87) *Ibid.*, p. 17 : « Within the special Danish/Nordic setting, [...] where ECL-rules have been part of the legal tradition and where the solutions is favoured by most interested parties it would seem hard not to conclude that the Danish ECL-rules would generally pass the second prong of the test ». Ch. RYDNING, *Extended Collective Licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, p. 63, § 5.2.3.2 : « the requirement of representativity ensures that the ECL-agreement is at least a normal exploitation of the type of works covered ».

(88) *Ibid.*, p. 58, § 5.2.2.

encore plus de chances de passer avec succès la deuxième étape. En somme, si l'auteur peut s'extraire du système obligatoire, quel qu'il soit, et revenir à une gestion individuelle de ses droits exclusifs, l'exploitation normale de l'œuvre est encore moins susceptible d'être contrariée⁽⁸⁹⁾.

C. L'exigence d'une absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur

Le test des trois étapes impose enfin que l'exception « ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droit ». Selon le Groupe spécial, un préjudice, tant réel que potentiel, sera injustifié « si une exception ou limitation engendre ou risque d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur »⁽⁹⁰⁾ et de rajouter « dans les cas où il y aurait un manque à gagner pour l'auteur, la loi devrait lui attribuer une compensation »⁽⁹¹⁾. Les mécanismes de restriction qui prévoient la rémunération de l'auteur seraient plus à même de passer la troisième étape du test⁽⁹²⁾. En somme, le fait de causer un préjudice justifié – raisonnable, juste – aux intérêts légitimes de l'auteur est accepté. Ce qui ne l'est pas est de lui infliger un préjudice qui outrepasserait ce qui est acceptable, raisonnable et qui deviendrait dès lors disproportionné. Il convient donc de livrer l'exploitation en question à un test de proportionnalité.

Les objectifs poursuivis par les limitations au droit exclusif – licence légale, gestion collective obligatoire ou licence collective étendue – causent-ils un préjudice qui serait acceptable, proportionné aux intérêts légitimes des auteurs ? Les dispositifs qui prévoient des mécanismes de rémunération au profit des auteurs sont plus à même de réussir la dernière

(89) A. PEUKERT, « A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment », *op. cit.*, p. 148.

(90) Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.229.

(91) *Ibid.*, note 205.

(92) P.B. HUGENHOLTZ et R.L. OKEOJI, « Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright », Final Report, 6 mars 2008, disponible sur http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/limitations_exceptions_copyright.pdf, spéc. p. 19 : « such compensated limitations are generally more likely to pass the test given the fact that prescribing compensation to authors or right holders is generally recognized as a crucial factor in assessing 'unreasonable prejudice' under the third step ».

étape du test⁽⁹³⁾. Étant donné que les auteurs n'ont aucun contrôle effectif sur les échanges de leurs œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* et ne perçoivent à l'heure actuelle aucune rémunération pour ces utilisations de leurs créations, des mécanismes de limitation avec un système de compensation pourraient satisfaire la dernière condition du test des trois étapes.

Il convient alors de s'interroger sur les modalités de fixation de ces tarifs. Et c'est en cela que la licence légale a vocation à s'effacer au profit des autres systèmes. Dans ces derniers, les auteurs bénéficient d'une négociation collective de leurs droits exclusifs par la société de gestion, et donc de plus de poids. Ensuite, ils ont le loisir d'intervenir dans la fixation des conditions et tarifs des licences. Enfin, la société de gestion collective a vocation à protéger les droits et intérêts des auteurs qui leur ont été confiés, que ce soit sur une base volontaire ou non. Ainsi, dans l'hypothèse de la gestion collective obligatoire, la représentativité de la société de gestion collective, couplée à sa capacité de négociation dans les contrats avec les utilisateurs, pourrait éventuellement l'aider à passer avec succès la dernière étape du test. Par ailleurs, si une licence collective étendue est prévue, cela suppose qu'en amont un nombre substantiel d'auteurs ont choisi volontairement de recourir à la solution contractuelle ; donc, pour ces auteurs, il n'existe pas de préjudice, car ils ne font qu'exercer leurs droits. La question se pose uniquement pour les auteurs non membres qui, eux, se voient infliger une limitation qu'ils n'ont pas choisie. Toutefois, étant donné qu'un nombre significatif d'auteurs a décidé, volontairement et sur une base collective, qu'un tel contrat était le meilleur moyen d'exercer leurs droits, il est possible de dire que le mécanisme de la licence collective étendue ne cause pas aux auteurs non membres un préjudice injustifié⁽⁹⁴⁾. Quant à la faculté d'*opt-out*, elle annihile assurément le préjudice subi par l'auteur⁽⁹⁵⁾. Toutefois, une licence collective étendue sans *opt-out* a tout de même de grandes chances de passer avec succès la troisième étape du test.

(93) T. RIIS et J. SCHOVSO, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon?*, op. cit., p. 17, à propos des licences collectives étendues au Danemark : « because of the remuneration which the ECL-rules generate not be expected to cause any general problems for the Danish rules ».

(94) Ch. RYDNING, *Extended Collective Licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, op. cit., p. 71, § 6.2.4, et p. 73, § 6.2.6, toutefois un peu plus nuancé.

(95) *Ibid.*, pp. 84-85, § 6.2.8.3.

D. Conclusion sur le test des trois étapes

Le mécanisme de la licence légale pour autoriser les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* ne semble pas apte à satisfaire le test des trois étapes dans la mesure où il retire toute possibilité aux titulaires de droits de contrôler l'exploitation de leurs créations dans ce contexte ; de surcroît, il risque fort d'être en concurrence directe avec les offres légales de téléchargeement. En revanche, une solution de gestion collective renforcée par le biais d'une gestion collective obligatoire ou d'une licence collective étendue, a davantage de chances de réussir l'épreuve. La force de négociation dont bénéficient les sociétés de gestion collective dans ces deux cas de figure, associée à l'objectif de protection des titulaires de droits qu'elles poursuivent, constituent des éléments essentiels déterminants pour passer le test. De plus, le fondement contractuel combiné à la représentativité de la société de gestion collective fait de la licence collective étendue le dispositif le plus respectueux des droits exclusifs de l'auteur et donc certainement le plus à même de relever le défi du test des trois étapes.

III. La limitation des exceptions admissibles en droit communautaire

Le législateur communautaire, dans la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, a établi une liste exhaustive d'exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins que les États membres peuvent consacrer dans leur droit interne. Les échanges d'œuvres sur des réseaux *peer-to-peer* à des fins non commerciales n'en font pas partie. Le législateur belge ne pourrait donc prévoir une exception au droit d'auteur à cette fin.

C'est un nouvel argument qui plaide en défaveur de l'introduction d'une licence légale autorisant le *peer-to-peer*. Quant à la gestion collective obligatoire ou à la licence collective étendue, sous réserve de la controverse mentionnée *supra*, il semble que le législateur européen ne les considère pas comme des exceptions et limitations au droit d'auteur, mais comme des modalités d'exercice des droits⁽⁹⁶⁾.

(96) Voy. le Consid. 18 de la Dir. 2001/29.

IV. Le respect du principe de l'absence de formalités

En vertu de l'article 5.2) de la convention de Berne, « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ». Ainsi est posé le principe de l'absence de formalités à accomplir par les auteurs pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur⁽⁹⁷⁾. Les auteurs n'ont pas à s'acquitter de tâches particulières pour jouir de la protection par le droit d'auteur et exercer leurs droits. L'exception, la licence légale, la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue n'appellent pas de commentaires particuliers en ce que l'auteur ne fait que subir de manière passive la restriction que la loi impose à ses droits exclusifs et n'a donc à effectuer aucune formalité légale pour ce qui concerne la jouissance ou l'exercice de ses droits⁽⁹⁸⁾. En revanche, pour ce qui concerne la licence collective étendue avec *opt-out* qui permet aux auteurs de se retirer du système pour exercer individuellement leurs droits, ainsi que pour les propositions d'une licence légale dont l'auteur pourrait s'affranchir, la question de la conformité avec le principe de l'absence de formalités se pose.

La formulation de l'actuel article 5.2) de la convention de Berne remonte à 1908, date à laquelle l'Acte de Berlin, excluant l'exigence de toute formalité pour accéder à la protection par le droit d'auteur, a été adopté. Jusqu'à cette date, la protection par le droit d'auteur dans un pays de l'Union différent du pays d'origine de l'œuvre était soumise à l'accomplissement de « conditions et formalités » exigées par le pays d'origine. Au-delà du revirement idéologique, il convient de porter attention à la signification du terme « formalité » qui a donc remplacé la locution « conditions et formalités » de la précédente version de la convention de Berne. Pour autant, le terme « formalité » couvre à la fois les « conditions et formalités »

(97) Sur le principe d'interdiction des formalités, voy. l'excellente thèse de S. VAN GOMPEL, *Formalities in Copyright Law – An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, Kluwer Law International, Information Law Series, 2012.

(98) Pour ce qui concerne la gestion collective obligatoire des droits exclusifs, S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, Étude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 10.

de l'ancien article⁽⁹⁹⁾, ce qui recouvre toutes les mesures légales – formelles ou matérielles – qui doivent être prises pour faire émerger le droit d'auteur⁽¹⁰⁰⁾. Par ailleurs, depuis l'Acte de Berlin, l'exercice du droit d'auteur est également visé en ce qu'il ne peut dépendre de l'accomplissement d'aucune formalité. Le fait pour l'auteur de devoir se plier à des prérequis pour pouvoir poursuivre ses contrefacteurs est désormais proscrit.

Qu'en est-il des systèmes *dbpt-out* par lesquels soit l'auteur recouvre son droit exclusif, tel le cas d'une licence légale par défaut dont l'auteur pourrait sortir, soit l'auteur recouvre l'exercice individuel de son droit, englobé par défaut dans la gestion collective qu'on lui a étendue ?

Les propositions de Fisher ou Litman d'une licence non volontaire avec *opt-out* avaient poussé A. Peukert à proposer un système de licence légale au choix de l'auteur, en raison justement de la contradiction supposée avec le principe d'interdiction des formalités⁽¹⁰¹⁾.

Dans le cas de la licence collective étendue⁽¹⁰²⁾, l'*opt-out* accorde à l'auteur de pouvoir sortir du dispositif et recouvrer la gestion individuelle de ses œuvres, à condition qu'il effectue certaines démarches pour exercer cette option. Il semble dès lors légitime de se demander si le fait que l'auteur, dans le cadre d'une licence collective étendue, doive accomplir une formalité pour pouvoir exercer les droits concernés de manière individuelle n'est pas contraire au principe de l'absence de formalités posé par la convention de Berne.

À notre connaissance, aucune des lois nordiques n'explicite les détails de la procédure d'*opt-out*. Malgré cela, la première question à se poser est de savoir si l'*opt-out* est une formalité obligatoire pour que l'auteur exerce ses droits. Cela revient à se poser la question de l'exclusivité

(99) C'est ce qu'avait énoncé la Commission lors de la rédaction de l'Acte de Berlin en 1908 : rapporté par S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, p. 325, n° 6.103.

(100) *Ibid.*, p. 323, n° 6.102, relatant la manière dont l'article relatif aux formalités dans l'Acte de 1886 a été formulé.

(101) A. PEUKERT, « A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment », *op. cit.* Voy. égal. D. GÉRAIS, *The Changing Role of Copyright Collectives*, in D. GÉRAIS (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, *op. cit.*, p. 34.

(102) Cf. *supra*.

du mandat de la société de gestion pour le droit concerné⁽¹⁰³⁾. Apparemment, dans les systèmes étudiés, le mandat semble être exclusif. Donc l'auteur est forcé à faire une démarche obligatoire pour gérer lui-même les droits en question. Étant donné que la licence collective étendue affecte l'exclusivité du droit en ce que l'auteur ne peut pas interdire l'utilisation de ses œuvres, il ne peut être soutenu qu'une fois sorti du système, l'auteur bénéficie du même droit que s'il était resté dans le dispositif. Par conséquent, l'exercice de son droit exclusif par l'auteur semble conditionné par l'accomplissement d'une formalité préalable⁽¹⁰⁴⁾.

Toutefois, la réponse n'est peut-être pas si simple.

On peut argumenter que la règle protectrice de la convention de Berne ne prohibe que « l'accomplissement de formalités pour la protection des œuvres d'origine étrangère dans le pays où la protection est réclamée, mais seulement dans ce dernier pays »⁽¹⁰⁵⁾. Une œuvre d'origine étrangère ne peut se voir imposer le respect de formalités dans le pays où sa protection est demandée. Comme le soulignent S. Ricketson et J. Ginsburg, « the Bern Convention does not declare that member states may not institute a system of formalities ; it prohibits making enjoyment and exercise of copyright in non-domestic works subject to them. [...] it merely bars making compliance mandatory for non-domestic works »⁽¹⁰⁶⁾. Ainsi, le principe de l'absence de formalités est à nuancer en ce qu'il ne vise que la protection des œuvres étrangères dans un pays qui n'est pas leur pays d'origine. Toutefois, cela n'aurait pas de sens d'instituer un processus de légitimation des échanges en *peer-to-peer* qui ne viserait que les œuvres domestiques...

(103) D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, op. cit., spéc. p. 21, pour qui la solution serait de n'accorder que des mandats non exclusifs aux sociétés de gestion.

(104) Cf. développements de T. Riis et J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon ? », op. cit., spéc. p. 13.

(105) Y. GAUBIAC, « La convention de Berne et l'absence de formalité, note sous Cass. fr., 1^{re} civ., 17 décembre 2009 », C.C.E., juillet-août 2010, Étude n° 15, spéc. n° 3. Cf. égal. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006, pp. 949-951, n° 1310.

(106) S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, op. cit., p. 329, § 6107.

Plus fondamentalement, la formalité de *lbpt-out*, que ce soit dans la licence légale ou dans la licence collective étendue, permet justement aux auteurs de recouvrer le plein exercice de leurs droits exclusifs ; il serait paradoxal d'avoir recours au principe de l'absence de formalités – dont l'objectif est de protéger les auteurs – pour interdire un système qui précisément permet aux auteurs de retrouver l'usage plein et entier de leurs droits exclusifs.

Si la réflexion peut éventuellement prospérer sur un plan théorique, elle devient contre-productive et illogique lorsqu'elle est confrontée à la réalité pratique. Pour la licence légale, la règle d'interdiction des formalités n'empêche pas l'adoption d'exceptions et limitations du droit d'auteur, notamment par le biais de licences non volontaires, dans le respect du test des trois étapes⁽¹⁰⁷⁾. Quant au mécanisme de la licence collective étendue, loin d'empêcher l'exercice des droits, il le rend possible. Par conséquent, l'*opt-out* ne constitue pas une véritable restauration de l'exercice du droit d'auteur qui serait impossible par ailleurs – puisque c'est précisément l'objectif de la mise en place d'une licence collective étendue – mais un choix alternatif d'exercice que peuvent exercer les auteurs.

Selon S. van Gompel, dans les deux cas, l'*opt-out* « regulates the extent of protection rather than the enjoyment or the exercise of copyright. The possibility to 'opt out' merely reflects the choice that right owners can make between two different exploitation models that the law offers them. [...] It is comparable with the need to become a member of, and to register works with, a particular CMO to receive the compensation collected in a collective licensing scheme »⁽¹⁰⁸⁾.

En conclusion, l'article 5.2 de la convention de Berne posant le principe de l'absence de formalités pour jouir et exercer les droits d'auteur ne peut être opposé à une licence collective étendue assortie d'une faculté d'*opt-out*. Les droits étant déjà exercés collectivement par les sociétés de gestion, l'*opt-out* a simplement pour objectif non pas de créer des conditions d'exercice des droits *ex nihilo*, mais simplement de redonner aux titulaires de droits la possibilité d'une gestion individuelle. L'interdiction des

(107) S. VAN GOMPEL, op. cit., p. 190.

(108) *Ibid.*

formalités n'est pas plus un obstacle à des conditions imposées aux auteurs pour ne pas être englobés dans une hypothèse d'exception ou de licence non volontaire, pour autant que celle-ci satisfasse au test des trois étapes.

section 3

Difficultés pratiques d'autorisation des échanges en *peer-to-peer*

Une fois les arguments juridiques surmontés, tout système d'autorisation devra encore braver de multiples défis pour que cette autorisation soit effective. Ces obstacles, ou à tout le moins leur intensité, divergent en fonction du mécanisme choisi, licence non volontaire, gestion collective obligatoire ou licence collective étendue. Outre l'interrogation légitime sur l'effet d'une telle légitimation des échanges non commerciaux sur le développement des plates-formes légales de téléchargement, effets qui devraient être mesurés par une étude économique, on peut compter sur les difficultés suivantes : comment impliquer les fournisseurs d'accès Internet, pressentis dans tous les cas pour être les débiteurs de la rémunération perçue (I.) ; comment préserver la règle de la chronologie des médias en matière audiovisuelle (II.) et enfin, comment parvenir à une autorisation unique englobant tous les répertoires, types d'œuvres et titulaires de droits (III.) ?

I. L'implication des fournisseurs d'accès Internet

Quelle que soit la configuration choisie, les fournisseurs d'accès Internet joueront un rôle dans la perception des sommes collectées pour compenser le préjudice subi par les auteurs du fait des échanges de leurs œuvres. Il est en effet généralement proposé que cette rémunération soit prélevée sur le prix des abonnements ADSL.

La justification économique en est simple : les fournisseurs de services de connexion fournissent un moyen indispensable de s'adonner aux échanges en *peer-to-peer*. Sans Internet à large bande, des téléchargements réguliers de musique ou de films seraient impossibles. Certains éco-

nomistes dénoncent même un détournement massif de l'utilité de l'industrie des contenus par celle des réseaux Internet haut débit, qui ont pu se déployer grâce aux utilisations du *peer-to-peer*⁽¹⁰⁹⁾, ce qui pourrait justifier un retour économique sous forme d'une taxe ou d'une rémunération des auteurs par les fournisseurs d'accès.

On se doute que cette solution n'a pas l'heur de plaire aux intéressés. Le coût d'Internet ne pourra qu'en être augmenté, ce qui n'est pas populaire. En outre, la collecte des rémunérations auprès des utilisateurs, surtout dans les systèmes où le choix est offert aux abonnés de souscrire ou non à cette licence les autorisant à échanger, engendrera des coûts administratifs pour les FAI.

Ces derniers peuvent invoquer plusieurs arguments juridiques pour se soustraire à de tels systèmes. En premier lieu, leur participation au modèle envisagé ne serait obligatoire que dans le cas d'une licence non volontaire, le législateur les qualifiant de personnes responsables du paiement de la rémunération équitable prélevée sur les abonnements. Il va de soi qu'ils ne sont pas les personnes responsables des actes de reproduction et de communication des œuvres qui enclenchent la nécessité d'une compensation pour les auteurs. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment admis, s'agissant de la copie privée, que « compte tenu des difficultés pratiques pour identifier les utilisateurs privés ainsi que pour les obliger à indemniser les titulaires des droits du préjudice qu'ils leur causent [...], il est loisible aux États membres d'instaurer, aux fins du financement de la compensation équitable, une « redevance pour copie privée » à la charge non pas des personnes privées concernées, mais de celles qui disposent d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ces équipements à la disposition de personnes privées ou rendent à ces dernières un service de reproduction »⁽¹¹⁰⁾. Les juges européens y ajoutent que c'est l'activité de mise à la disposition d'équipements de reproduction qui « constitue la prémisses factuelle nécessaire pour que les personnes physiques puissent

(109) O. BOMSEL, *Enjeux économiques de la distribution des contenus*, CERNA, 2004, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/OBetalii-P2Ppdf>.

(110) C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan*, aff. C-467/08, § 46.

obtenir des copies privées (et que) rien ne fait obstacle à ce que ces redevables répercutent le montant de la redevance pour copie privée dans le prix de la mise à disposition desdits équipements »⁽¹¹¹⁾.

Par analogie, faire reposer la rémunération des auteurs pour les échanges *peer-to-peer* sur les fournisseurs d'accès Internet répondrait à une nécessité pratique. Cette rémunération étant en toute probabilité répercutée sur leurs abonnés⁽¹¹²⁾, la charge de la redevance sera en définitive supportée par les personnes échangeant les œuvres, devenant les « redevables indirects » de la compensation équitable. Les opérateurs fournissant une connexion Internet à leurs abonnés ne pourraient en conséquence se soustraire au paiement de la rémunération équitable qui leur serait imposée, dans le cadre d'une licence légale, au motif que celle-ci serait due uniquement et directement par les internautes utilisant leur service.

Hors le cas de la licence légale, l'implication des fournisseurs d'accès Internet dans tous les autres scénarios, basés sur une gestion collective, éventuellement assortie d'une gestion collective obligatoire ou étendue, repose sur la volonté de négocier de ceux-ci avec les sociétés d'auteurs et autres ayants droit. Ce qui ne sera pas facile. Ils peuvent en effet s'abriter derrière le régime de faveur qui les a protégés de toute implication (ou presque) quant aux actes de contrefaçon commis sur les réseaux auxquels ils donnent accès. La directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique exonère de toute responsabilité les « activités de simple transport » (ce qui englobe la fourniture d'accès Internet), pour autant que le prestataire de services ne soit pas à l'origine de la transmission, ne sélectionne pas le destinataire de celle-ci ni les informations qui en font l'objet⁽¹¹³⁾. En somme, si l'opérateur se limite à fournir un accès au réseau de communication, Internet ou autre, sans collaborer plus avant aux activités illégales des destinataires de son service, il ne pourra voir sa responsabilité engagée.

(111) *Ibid.*, § 48.

(112) Sauf dans le cas de la proposition de loi Écolo/Groen!, qui refuse que les fournisseurs d'accès augmentent d'autant le coût de la connexion à Internet.

(113) Voy. la transposition de cette directive dans l'art. 18 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

Une intervention plus large des prestataires Internet, qui aurait des conséquences sur la protection de la vie privée ou la liberté d'expression, ne pourrait être imaginée qu'en se basant sur une loi, claire et précise, et dont l'effet sur ces droits fondamentaux resterait proportionné et justifié par l'objectif poursuivi. C'est en tout cas en ce sens que s'est récemment prononcée la Cour de Justice de l'Union européenne⁽¹¹⁴⁾. En l'état actuel de la législation, aucune base légale ne remplit ces conditions pour pouvoir imposer aux FAI de contribuer à l'effort de légitimation du *peer-to-peer*. Rien n'empêche toutefois le législateur de contraindre les FAI à accepter une telle négociation avec les sociétés de gestion collective, mais encore faudrait-il trouver les modalités et le contenu adéquat du mandat qui leur serait imposé.

La plupart des propositions, doctrinales ou législatives, quand elles sont basées sur la gestion collective, évitent la question du libre arbitre des fournisseurs d'accès Internet tout en les qualifiant de cocontractants des sociétés collectives. Si le législateur n'impose pas cette voie contractuelle aux deux parties, une alternative pourrait être de considérer que les internautes sont les autres parties au contrat. Le fournisseur d'accès Internet ne serait, dans cette hypothèse, qu'un intermédiaire entre ses abonnés et les sociétés de gestion collective, un passeur de contrat en quelque sorte. Dans ce modèle, ce sont les utilisateurs des réseaux qui décideraient d'obtenir une autorisation des titulaires de droit, autorisation qui leur serait transmise, pour plus de facilité et dans un souci de réduction des coûts de transaction, par les fournisseurs de leur connexion à Internet.

Une telle solution mettrait certes les FAI en retrait, mais elle reposerait naturellement sur le libre choix des internautes, ce qui engendrerait en revanche un coût de gestion pour les opérateurs Internet, ceux-ci devant distinguer et identifier leurs clients ayant souscrit au contrat *peer-to-peer*. Ph. Aigrain suggère, dans un tel scénario, que les fournisseurs d'accès Internet puissent prélever sur le prix payé par leurs abonnés pour ces échanges d'œuvres, une redevance couvrant des frais administratifs⁽¹¹⁵⁾.

(114) C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.

(115) P. AIGRAIN, *Internet et création, Comment reconnaître les échanges sur Internet en finançant la création*, *op. cit.*

II. La règle de la chronologie des médias et ses conséquences

La chronologie des médias est un principe économique important de l'exploitation des films⁽¹¹⁶⁾. Elle permet de déterminer un calendrier d'exploitation qui ménage des périodes d'exclusivité successives aux différents modes de diffusion. Un film est premièrement exploité en salles, ensuite dans les services de VOD et les ventes de DVD, avant d'être diffusé à la télévision d'abord cryptée, et enfin en clair.

Cette chaîne classique et les écarts temporels entre chaque mode de diffusion sont généralement déterminés par les ayants droit eux-mêmes (à l'exception de certains pays où les fenêtres successives d'exploitation sont déterminées par la loi⁽¹¹⁷⁾) et accusent une certaine souplesse en fonction de l'évolution des marchés d'exploitation et de l'évolution technologique. On assiste toutefois, ces dernières années, à une volonté de desserrer les carcans trop rigides de l'exclusivité pour s'accommoder davantage de plans d'exploitation nouveaux qui, par exemple, peuvent vouloir embrasser simultanément la sortie en salles et l'offre VOD (ou les proposer de manière plus rapprochée dans le temps). Cette stratégie peut d'ailleurs, dans certains cas, s'expliquer par la volonté de contrecarrer la diffusion illégale des films, tout juste sortis en salles, sur le réseau Internet. Cette liberté contractuelle se retrouve dans la directive sur les services de médias audiovisuels⁽¹¹⁸⁾ qui repose sur la négociation contractuelle et le respect des délais convenus avec les ayants droit.

Une autorisation de partager tout type de contenus sur les réseaux *peer-to-peer* n'est pas sans risque pour ce modèle d'exploitation basé sur la chronologie des médias. Si la licence accordée aux internautes couvre tous les films, même ceux qui viennent de sortir en salles, les exploitants de

(116) M. KUHR, *Media Windows In Flux: Challenges for Audiovisual Media Chronology*, IRIS Plus (2008), http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2008.pdf.en.

(117) C'est notamment le cas de la France, l'Allemagne ou l'Autriche.

(118) Dir. 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Dir. Services de médias audiovisuels), J.O.U.E., n° L 95.

services de VOD ou les chaînes de télévision ne verront aucun intérêt à pré-acheter les droits sur le film en échange d'une diffusion exclusive pendant une certaine période. Or, la production d'une œuvre cinématographique repose largement sur ces pré-achats.

Tenir compte de la chronologie des médias dans un système de légitimation des échanges en *peer-to-peer* nécessiterait d'établir un mécanisme de filtrage empêchant effectivement la transmission, dans ces réseaux, des films pour lesquels une exclusivité, qu'elle soit liée à l'exploitation en salles ou en VOD, veut être préservée. Une intervention plus active des fournisseurs d'accès Internet sera ici indispensable. Elle sera probablement facilitée pour les opérateurs qui opèrent des services de films à la demande et qui partageraient, avec les titulaires de droit, le souci de protéger la fenêtre d'exploitation exclusive. Dans les autres cas, la difficulté d'imposer une intervention active des FAI, notamment un filtrage, associée à la question du coût qui en résulterait, se repose. Un tel filtrage suppose également une identification technique des films concernés, de la part de titulaires de droit.

III. Le besoin d'une autorisation globale

Les internautes souhaiteront de toute évidence se voir proposer une solution qui légitime l'ensemble de leurs échanges non commerciaux sur Internet. Tout modèle d'autorisation devrait en conséquence couvrir un large répertoire, tant en termes de différentes catégories d'œuvres que de titulaires de droits. La licence légale, parce qu'elle s'impose à tous les objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin, répond à cette condition, mais nous avons vu en revanche les obstacles légaux qui lui résistent.

Les solutions basées sur la gestion collective ne peuvent qu'englober les œuvres contenues dans le répertoire des sociétés concernées. L'outil de la gestion collective obligatoire renforce en tout cas la position des sociétés d'auteur et de titulaires de droits voisins. Quant à la licence collective étendue, elle ramène dans le répertoire collectif les œuvres et prestations qui n'en feraient pas partie, constituant par là la possibilité d'une véritable licence globale.

Toutefois, encore faut-il que l'ensemble des sociétés de gestion collective admette d'autoriser contractuellement le partage des œuvres en *peer-to-peer*. La gestion des droits, c'est bien connu, est fragmentée entre catégories d'œuvres (musique, films, images...)⁽¹¹⁹⁾, catégories d'ayants droit (auteurs, artistes-interprètes, producteurs...), voire entre droits exclusifs eux-mêmes⁽¹²⁰⁾.

Une autorisation des échanges n'est pas non plus une solution uniforme pour tous types d'œuvres, dont le mode d'exploitation et les marchés diffèrent. Certains souhaitent, par exemple, exclure les films d'une éventuelle licence globale⁽¹²¹⁾, et on a vu que la règle de chronologie des médias pouvait conduire à un traitement différencié pour cette catégorie d'œuvres.

Si l'objectif est d'inclure toutes les œuvres et prestations dans l'autorisation donnée aux internautes, il s'agira de parvenir à un consensus entre tous les titulaires de droits et les sociétés de gestion les représentant, tout en parvenant à une rémunération globale qui à la fois tienne compte d'une rémunération équitable pour chaque catégorie d'ayant droit et reste raisonnable pour l'utilisateur.

Conclusion

Les limitations classiques du droit d'auteur que sont la licence non volontaire et l'exception ne devraient pas pouvoir être introduites pour autoriser les échanges d'œuvres en *peer-to-peer*. Si les mécanismes de répression, dont l'effectivité n'est pas garantie, veulent être évités, la gestion collective peut, sur base du droit exclusif, autoriser les échanges d'œuvres réalisés par des individus. Afin d'être efficace, une telle contractualisation des échanges

(119) D. GERVAIS, *The Changing Role of Copyright Collectives*, op. cit., pp. 10-12.

(120) Le droit de reproduction et le droit de mise à disposition en matière musicale sont de plus en plus exercés directement par les éditeurs de musique qui sont sortis des sociétés de gestion collective, ces dernières continuant à exercer le droit de communication.

(121) D. GERVAIS, « User-Generated Content and Music File-Sharing: A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32 », in *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda* (M. GEIST ed.), 2010, pp. 458-59.

par un système de licences devra néanmoins garantir une représentation suffisante des auteurs dont les œuvres font l'objet de ces échanges. Deux outils juridiques permettent d'élargir la représentation des titulaires de droit par les sociétés de gestion collective : la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue. Ces deux mécanismes respectent différemment le cadre légal international et européen, mais ont tous deux des chances de réussir l'épreuve du test des trois étapes, avec une probabilité toutefois plus élevée pour la licence collective étendue. Cette restriction relative du droit exclusif permet une plus grande efficacité de la gestion collective et rassure les utilisateurs sur l'étendue de la licence par laquelle ils entendent garantir la légitimité des actes d'utilisation ainsi couverts. L'instauration d'une gestion collective renforcée du droit exclusif semble intéressante en qu'elle permettrait, d'un côté, d'autoriser les échanges sur les réseaux *peer-to-peer* et, de l'autre, de rémunérer les titulaires de droits. Mais tout système d'autorisation sera nécessairement confronté à de multiples difficultés pratiques pour être efficace, comme la délicate question de l'implication des fournisseurs d'accès à Internet généralement présentée comme une composante essentielle de tout modèle d'autorisation.